M 25
483
1870

Л. III. 3.
№ 25
№ 483

О НАУЧНОЙ РАЗРАБОТКѢ

ИСТОРІИ СЛАВЯНСКАГО ПРАВА.

Вступительное чтеніе въ „Исторію славянскихъ законодательствъ“.

В. Богишича

Орд. Проф. Новороссійскаго Унив. въ Одессѣ.

С. Петербургъ.
1870.

НЕ КОПИРОВАТЬ

О НАУЧНОЙ РАЗРАБОТКѢ

ИСТОРІИ СЛАВЯНСКАГО ПРАВА.

Вступительное чтеніе въ „Исторію славянскихъ законодательствъ“.

В. Богишича

Орд. Проф. Новороссійскаго Унив. въ Одессѣ.

С. Петербургъ.
Типографія Майкова, въ д. Минист. Финан., на Дворц. площ.
1870.

Дозволено цензурою. С. Петербургъ, 10 Іюня 1870 г.

2007111463

Милостивые Государи!

Съ полнымъ сознаніемъ громадной трудности дѣла, принимаюсь я за преподаваніе исторіи славянскаго права. На мою долю выпалъ починъ изложенія съ университетской каѳедры науки, которая касается важнѣйшихъ жизненныхъ отношеній почти стомилліоннаго племени, въ его историческомъ развитіи, въ его многовѣковыхъ связяхъ и столкновеніяхъ съ чужими племенами и народностями. На мою долю выпало преподаваніе науки новой, молодой, лишь на нашихъ глазахъ начавшей пріобрѣтать право гражданства въ ряду другихъ юридическихъ наукъ. Мнѣ предстоитъ изложеніе предмета, который, надо сознаться, еще доселѣ не пріобрѣлъ вполнѣ твердыхъ основъ, отличается матеріальной неполнотой, отрывочностью и недостаточной разработкой въ способѣ изслѣдованія. Если прибавлю къ этому еще то важное обстоятельство, что я въ первый разъ вступаю на каѳедру, что я долженъ при томъ излагать свой предметъ на языкѣ, не совсѣмъ еще усвоенномъ мною, то вполнѣ понятны будутъ вамъ, м. г.г., побужденія, заставляющія меня просить у васъ снисхожденія къ моимъ лекціямъ. Ваше вниманіе будетъ для меня лучшимъ поощреніемъ и поддержкой въ предстоящихъ моихъ работахъ.

Предметомъ первой моей бесѣды съ вами, м. г.г., я избралъ вопросъ о томъ, какъ, какимъ путемъ и способомъ слѣдуетъ изучать и разработывать исторію славянскаго права. Такъ какъ этотъ предметъ принадлежитъ къ числу историко-юридическихъ наукъ,

то считаю умѣстнымъ предварительно коснуться общихъ воззрѣній и результатовъ, къ какимъ пришла историко-юридическая школа вообще, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, изложу свой собственный взглядъ на разработку исторіи права. Изъ этого можно будетъ видѣть, какимъ началамъ мы будемъ слѣдовать при изученіи нашего спеціальнаго предмета.

Прежде всего считаю нужнымъ замѣтить, что если по вопросамъ соціальнымъ и политическимъ, мы обыкновенно обращаемся къ Англіи и Франціи, то за разъясненіемъ главнѣйшихъ вопросовъ, разработанныхъ новѣйшими школами юриспруденціи, въ особенности школой исторической, мы должны обращаться преимущественно къ Германіи. Это еще не значитъ, что эти народы какъ бы предназначены быть исключительными руководителями ученаго міра въ области указанныхъ наукъ. Дѣло въ томъ, что въ государственной и юридической жизни Англіи, Франціи и Германіи, развилось болѣе чѣмъ гдѣ либо аномалій, что естественно должно было приводить къ борьбѣ, къ общественнымъ переворотамъ и преобразованіямъ, а въ слѣдствіе того, тамъ рано должна была явиться потребность въ научномъ анализѣ явленій общественной жизни.

Какія же причины вызвали потребность въ историко-юридической школѣ въ Германіи? Ихъ нужно искать въ одностороннемъ направленіи старой нѣмецкой юриспруденціи, въ крайнемъ увлеченіи средневѣковыхъ юристовъ римскимъ правомъ, бывшимъ въ ихъ глазахъ какъ бы ratio scripta.

Въ самомъ дѣлѣ, ученый вандализмъ нигдѣ не свирѣпствовалъ въ такой степени; манія подводить всѣ правовые институты и отношенія подъ воззрѣнія чуждаго права, нигдѣ такъ неограниченно не царила, какъ между нѣмецкими юристами прошлыхъ вѣковъ.

Господство римскаго права, перенесеннаго въ Германію ревностными нѣмецкими учениками, возникшей въ XII вѣкѣ глосаторской школы въ Болоньѣ тѣмъ болѣе распространялось, чѣмъ болѣе размножались въ самой Германіи школы и учителя этой науки [1]). Разсматривая римское право какъ произведеніе самаго разума, нѣмецкіе легисты естественно считали варварскимъ, недостойнымъ вниманія науки всякій нѣмецкій правовой институтъ, который не подходилъ подъ начала римскаго права. Мѣстныя установленія отдѣльныхъ земель, были въ ихъ глазахъ лишь уклоненія и неправильности (aberrationes). Само собою разумѣется, что легисты

[1]) Beseler, System des gem. deutschen Privatrechtes. § 8.

считали своею священною обязанностію истреблять ихъ, уничтожать, или, по крайней мѣрѣ, видоизмѣнять по началамъ своего „писаннаго разума“. По словамъ германиста Безелера, трудно найти хотя одинъ нѣмецкій правовой институтъ, который бы не поддался болѣе или менѣе вліянію римскаго права [1]).

Высочайшее произведеніе римскаго духа—римское право—имѣло своихъ поклонниковъ и поборниковъ и въ другихъ средневѣковыхъ земляхъ; но никому въ нихъ не приходило въ голову искоренять живые правовые институты своего народа. Во Франціи, напр., и особенно въ странѣ, извѣстной подъ именемъ pays du droit coutumier, именно въ эпоху знаменитаго романиста Куяція, самымъ ревностнымъ образомъ собирали и записывали юридическіе обычаи (coutumes) [2]). Во время Людовика XIV, на ряду съ римскимъ и каноническимъ правомъ, введено было въ университеты и право французское, какъ одинъ изъ главныхъ предметовъ преподаванія [3]). Даже славяне, обыкновенно упрекаемые въ подражательности и легкомъ заимствованіи чуждыхъ учрежденій, умѣли противустать абсолютному господству римскаго права [4]), хотя и чехи и поляки посѣщали болоньскій университетъ съ первыхъ лѣтъ его существованія и записывались въ немъ отдѣльными націями, — а чехъ magister Damasus, находился въ числѣ самыхъ глоссаторовъ [5]).

---

[1]) Beseler l. c. стр. 30. Что романисты не имѣли такого громаднаго вліянія на институты государственнаго права, то это было не потому, что они нежелали, а потому, что не могли, не имѣли средствъ и способовъ осуществить въ той сферѣ свой римскій идеалъ.

[2]) Warnkönig und Stein, Französische Staats-und Rechtsgeschichte II., 76—80.

[3]) Законъ, которымъ преобразовывались французскіе юридическіе факультеты гласитъ объ этомъ такъ: Et afin de rien omettre dece qui peut servir a la parfaite instruction de ceux, qui entreront dans le charges de judicature, nous voulons que le droit français contenu dans nos ordannances et dans les coutumes soit publiquement enseigné, et a cet effet nous nommerons de professeurs qui expliqueront les principes de la jurisprudence française, (Ordonnance dd. avril 1679 art. 14. въ Recueil des anciennes lois françaises X. 477). Правда, что преподаваніе нѣмецкаго права вошло еще въ прошломъ вѣкѣ въ курсы нѣкоторыхъ университетовъ въ Германіи, но далеко не какъ предметъ равный римскому праву. Только въ началѣ нынѣшняго столѣтія оно сдѣлалось предметомъ вполнѣ самостоятельнымъ. (Zöpfl. Deutsche Rechtsgechichte § 56 VIII).

[4]) Польскій юристъ Янъ Кирст. Церазынъ (+1551) наивно говоритъ: «Наши не любятъ римскаго права, потому что его надо долго учить и блуждать въ немъ какъ въ лѣсу; у насъ каждый судитъ, какъ научился отъ дѣда и прадѣда.» (Slov. naučny VII. 513).

[5]) Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter V. 409).

Впрочемъ и въ Германіи являлся отпоръ противъ романистовъ; весьма часто встрѣчаются доказательства такого противодѣйствія, нерѣдко даже со стороны могущественныхъ сословій [1]). Но это противодѣйствіе мало помогало дѣлу. Не только императоры смотрѣли на себя, какъ на какихъ-то наслѣдниковъ римскихъ цезарей, и потому защищали законы своихъ предшественниковъ, въ особенности благодаря такъ называемымъ emblemata Triboniani [2]) но и церковь охотно брала, вслѣдствіе нѣкоторыхъ побужденій, римское право подъ свою могучую защиту [3]). Римскіе юристы недовольствуясь владычествомъ въ университетахъ, стремились подчинить своему вліянію и суды, и, дѣйствительно, мы видимъ, что они сверхъ подачи мнѣнія по важнѣйшимъ юридическимъ вопросамъ, мало по малу забираютъ еще въ свои руки всѣ главнѣйшія мѣста въ высшихъ судахъ (Obergerichte) и даже въ самомъ имперскомъ судѣ (Reichsgericht) [4]).

Пріобрѣвши такихъ защитниковъ, римское право, понятно, не имѣло повода бояться конкуренціи со стороны права простыхъ и неученыхъ нѣмецкихъ засѣдателей (Schöffen). И въ самомъ дѣлѣ, уже въ началѣ XVI вѣка римское право одержало полную побѣду [5]). Но „съ этой побѣдой, говоритъ Блунчли, наука права потеряла очень много своей жизненной силы, мертвѣла все болѣе и болѣе и низошла до безсмысленнаго, но практически удобнаго примѣненія мертвыхъ и абстрактныхъ началъ. Невыносимый формализмъ, педантство, безвкусіе, рабское подчиненіе римскому праву, схоластически изучавшемуся больше по преданію нежели по источникамъ,—вотъ характеристическія черты римской юриспруденціи послѣднихъ вѣковъ въ Германіи“ [6]).

---

[1]) Такъ напр., баварское рыцарство въ 1499 году подало жалобу, въ которой, между прочимъ, говорится: in judicibus intollerabilis error. Non enim eliguntur judices more antiquo, sed multi juris romani professores, pauci magistratus, nobiles atque provinciales. Cum jus municipale servandum sit et antiquae consuetudines pro legibus habendæ sint, fit, ut multa his contraria fiant, unde deceptiones, errores et turbae oriuntur. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam si sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tribuere volunt.» Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte. § 55. Указаніе на другіе протесты римскимъ юристамъ въ Германіи, см. тамъ же.

[2]) Сравн. напр. fr. 31. Dig. de legibus (1. 3): «Princeps legibus solutus est.»—fr. 1 Dig. de Constit. princ. (1. 4): «quod principi placuit, legis habet vigorem».

[3]) Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte § 18. VI; § 27. IV.

[4]) Ahrens, Iurist. Encyclopädie. 479—480; Beseler, System etc. стр. 22.

[5]) Ahrens l. c. 470.

[6]) Die neueren Rechtsschulen der deutschen Iuristen (1862) стр. 45—46.

Не много помогло и оживленіе изученія классической древности въ Италіи, а съ нимъ и ближайшее знакомство съ источниками римскаго права. Если до этого времени легисты рабски держались общаго мнѣнія ученыхъ (communis doctorum opinio), на которое большое вліяніе имѣла практика, особенно итальянскихъ юристовъ, то теперь, имѣя въ рукахъ римскіе кодексы, легисты стремились еще больше отрѣшиться отъ житейскихъ и бытовыхъ условій и народныхъ воззрѣній о правѣ.

Воззрѣнія философіи, которая, благодаря Гроціу и Пуфендорфу, проникла и въ область права, хотя и подвинули впередъ международное и уголовное право, но гражданскаго почти и не коснулись. И самое такъ называемое естественное право не въ силахъ было бороться съ господствомъ въ наукѣ воззрѣній легистовъ, благодаря своей односторонности и притязанію, выводить право a priori изъ субъективнаго разума, не обращая вниманія на положительныя нужды и отношенія дѣйствительной жизни.

Неудивительно по этому, что неудачная наука римскаго права, шаткіе принципы естественнаго права, отрицаніе народныхъ юридическихъ обычаевъ, наконецъ, разныя политическія и соціальныя отношенія, привели къ мысли, что законодательная власть и ея личное благоусмотреніе, есть единственный источникъ права въ государствѣ,—мысль, которая послужила главнымъ основаніемъ и источникомъ кодификацій, совершенныхъ въ концѣ прошлаго и началѣ нынѣшняго вѣка, въ главнѣйшихъ западноевропейскихъ государствахъ. Въ этой исключительности и господствѣ писаннаго права, были убѣждены въ началѣ нынѣшняго вѣка и знаменитѣйшіе учители права въ Германіи. Между прочимъ, Тибо изложилъ это убѣжденіе (которое, конечно, коренилось не столько въ научной основѣ, сколько въ современныхъ политическихъ отношеніяхъ его отечества), въ особомъ сочиненіи, ратующемъ за единую кодификацію гражданскаго права для всѣхъ нѣмецкихъ земель [1]).

Эта путаница идей, это неестественное направленіе юриспруденціи, должны были найти какой нибудь исходъ, которымъ бы можно было выйти изъ лабиринта на прямую дорогу. Такимъ исходомъ, была предназначена стать историческая школа.

Эихорнъ собственно первый,—если не считать прежнія слабыя попытки—началъ обработывать нѣмецкое право въ научно-историче-

---

[1]) Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland. 1814, и въ своемъ временникѣ: Civilistische Abhandlungen 1814 стр. 404. слѣд.

скомъ направленіи, (Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte. Gottingen 1808—1823); въ области же римскаго права, Куяцій еще въ XVI вѣкѣ, пробилъ дорогу историческимъ розысканіямъ, но настоящимъ основателемъ историко-юридической школы, надлежитъ считать Карла Фридриха Савиньи.

Этотъ великій ученый былъ не просто собирателемъ и излагателемъ фактовъ и догматовъ, какъ его предшественники; онъ первый, свѣтлымъ и глубокимъ взглядомъ проникъ во внутреннюю природу права и ясно изложилъ свои наблюденія въ великомъ трудѣ „о призваніи нашего времени въ отношеніи къ законодательству [1])“. Вотъ что онъ говоритъ о природѣ, свойствѣ, развитіи и функціи права: „Всюду гдѣ только мы находимъ документальную исторію, тамъ гражданское право уже имѣетъ опредѣленный характеръ, свойственный данному народу, какъ и его языкъ, нравы и учрежденія. Эти явленія не имѣютъ своего обособленнаго бытія: это только отдѣльные силы и дѣятели, по природѣ своей нераздѣлимо соединенные и только нашему наблюденію являющіеся въ видѣ особыхъ функцій. Ихъ сплачиваетъ въ одно цѣлое, общее убѣжденіе народа, одинаковое сознаніе ихъ внутренней необходимости, которое исключаетъ всякую мысль объ ихъ случайномъ и произвольномъ созиданіи [2]). Нѣсколько ниже онъ продолжаетъ:

„Эта органическая зависимость права отъ сущности и характера народа постоянно сохраняется. Въ этомъ отношеніи право можно сравнить съ языкомъ. Какъ въ языкѣ такъ и въ правѣ, нѣтъ и минуты безусловнаго застоя, оно подвержено тому же движенію и развитію какъ и всякая иная дѣятельность народа, и это развитіе подчиняется одному и тому же закону внутренней необходимости“.

„Право такимъ образомъ вмѣстѣ съ народомъ растетъ, развивается и умираетъ лишь съ утратою народомъ его личности [3])“.

Воззрѣнія Савиньи на сущность и развитіе права, вскорѣ нашли себѣ многихъ послѣдователей, но встрѣтили и горячихъ противниковъ.

Смѣшивая понятіе историческаго права съ исторіею права, одни изъ противниковъ говорили, что онъ стремится лишь оживить

---

[1]) Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung 1844; II изд. 1828; III изд. 1840.

[2]) Ibid. стр. 8.

[3]) l. c. стр. 11.

старые заржавѣвшіе институты, только тормозящіе прогрессъ. Подобный упрекъ положительно несправедливъ: историческая школа вовсе не отвергаетъ, и при своемъ стремленіи, изслѣдовать генетическое развитіе юридической жизни народовъ, не можетъ отвергать прогрессивнаго развитія права.

Другіе укоряли историческую школу въ томъ, что она пренебрегаетъ философскими воззрѣніями, довольствуясь случайными и отрывочными историческими данными. Не трудно замѣтить что и это возраженіе не основательно. Сама плодъ глубокаго философскаго воззрѣнія на сущность права, школа эта своими изслѣдованіями, можетъ, напротивъ, оказать величайшую услугу философіи, полагая въ ея основу прочный матеріалъ, въ силу котораго только она и можетъ быть производительною въ области права. Безъ этой положительной исторической основы умозрительные мыслители въ области нашей науки, всегда будутъ напоминать извѣстные стихи Гете:

Ich sag'es dir: ein Kerl der speculirt,
Ist wie ein Thier auf dürrer Heide;
Vom bösen Geist im Kreis herumgeführt,
Und ringsumher liegt schöne grüne Weide!

Главный выводъ сочиненія Савиньи заключается въ томъ: что его время еще не созрѣло до того, чтобы быть законодателемъ,— мысль направленная, очевидно, противъ современныхъ кодификаторовъ. Это дало поводъ думать, что историческая школа безусловно противна всякому законодательству. Это однако нисколько не было мыслію Савиньи, а еще менѣе, его послѣдователей [1]). Они требовали или должны были требовать одного: чтобы юристъ, принимающій участіе въ законодательствѣ, зналъ внутреннюю природу права, зналъ данное народное право, во всѣхъ видахъ его проявленія, во всѣхъ его отношеніяхъ,—зналъ, наконецъ, народную жизнь, народныя убѣжденія и народныя потребности. Дѣйствительно, не только практикъ-юристъ при толкованіи законовъ, но и законодатель при ихъ составленіи, не долженъ терять изъ виду превосходнаго правила знаменитаго римскаго юриста Паула: Regula est quae rem quae est breviter enarrat, non ut ex regula jus summatur, sed ex jure quod est regula fiat [2]). Всѣ эти требованія и правила необходимы законодателю, даже въ отрица-

[1]) Bluntschli, Die neueren Rechtsschulen стр. 13.

[2]) frag. 1 Dig. de reg. juris (50.—17).

тельныхъ случаяхъ, т. е. когда онъ хочетъ, вслѣдствіе какихъ либо нравственныхъ, экономическихъ или политическихъ соображеній, отмѣнить, видоизмѣнить или совершенно преобразовать какой либо живой правовой институтъ. Какъ же лѣчить врачу болѣзнь безъ предварительной діагнозы?

Не смотря однако на всѣ опроверженія мыслей Савиньи, враждебные голоса мало по малу умолкали, и теперь очень мало научно образованныхъ юристовъ, которые бы не соглашались словомъ или дѣломъ, по крайней мѣрѣ, съ главными началами историко-юридической школы.

Другой совершенно вопросъ: исполнила-ли эта школа свою задачу, оказала-ли она наукѣ всю пользу, которой съ полнымъ правомъ можно было ожидать отъ нея? При внимательномъ взглядѣ на всю дѣятельность исторической школы, особенно въ отношеніи къ гражданскому праву, составляющему главную ея спеціальность, мы должны на этотъ вопросъ отвѣчать отрицательно.

Дѣйствительно, юриспруденція—разумѣемъ здѣсь науку гражданскаго права—уже нѣсколько лѣтъ находится въ Германіи въ состояніи кризиса. Это выражается не только въ литературѣ, но и въ самой жизни.

Нѣсколько лѣтъ тому назадъ появилась въ печати рѣчь прусскаго государственнаго прокурора Кирхмана, сказанная имъ въ берлинскомъ юридическомъ обществѣ. Основная ея мысль видна изъ самаго ея заглавія: „О ничтожествѣ юриспруденціи какъ науки“ [1]). Если можно сказать объ этомъ сочиненіи, что по правилу логическому ex mere negativis nihil sequitur, то тѣмъ не менѣе замѣчателенъ самый фактъ, заявленія подобнаго мнѣнія, однимъ изъ видныхъ практиковъ-юристовъ Пруссіи. И до настоящаго времени являются нерѣдко сочиненія указывающія на то, что и до сихъ поръ наука права не вышла еще изъ состоянія кризиса, что доселѣ она не вступила на прямой путь, не смотря на всѣ усилія отдѣльныхъ дѣятелей, дать ей надлежащее направленіе, выработать раціональные методы изслѣдованія и пр. [2]).

---

[1]) Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag gehalten in der juridischen Gesellschaft zu Berlin vom Staatsanwalt von Kirchmann. Berlin 1848.

[2]) Не говоря о мелкихъ статьяхъ, укажемъ на нѣсколько мнѣній, приведенныхъ въ книгѣ Купце «Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft (Leipzig 1856 стр. 8—9)» о состояніи кризиса въ юридическихъ наукахъ и о предлагаемыхъ средствахъ къ излѣченію его, средствахъ самыхъ разнообразныхъ.

Неудовлетворительное состояніе науки права высказывается, какъ нельзя лучше, въ отношеніяхъ къ ней юридической практики и самаго общества. Въ этомъ случаѣ многознаменателенъ тотъ фактъ, что практика постоянно отдаляется отъ теоріи, хотя по словамъ Савиньи, самая лучшая теорія, должна быть вмѣстѣ съ тѣмъ и лучшей практикой. Въ западной Европѣ вообще и въ Германіи въ особенности, общество повсюду требуетъ третейскихъ судей

Блунчли въ предисловіи къ первому тому своей «Kritische Ueberschau» говоритъ: «очевидно, что наша теперешняя наука, вступила въ новую фазу развитія». но, прибавляетъ только «что въ нѣмецкой юриспруденціи, философское знаніе и историческое изслѣдованіе, должны бы дѣйствовать вмѣстѣ, и что она должна бы болѣе и болѣе согласоваться съ дѣйствительною жизнію народа». Почти то же самое онъ говоритъ и въ позднѣйшемъ сочиненіи «Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen». 1862.

Генбъ (Reform des deutschen Rechtslebens стр. 74-й слѣд.), принимаетъ кромѣ философской и исторической школы, еще третью школу приверженцевъ Гегеля, какъ бы посредницу между двумя первыми, которую онъ называетъ историко-философской.

Рейнгардъ Шмидъ (Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechtes стр. III), отвергнувъ прежнія теоріи, представляетъ обзоръ теоріи науки, выходя изъ убѣжденія, что только съ помощью психическо-антропологической критики, основанной на эмпирическомъ внутреннемъ самоубѣжденіи, можетъ получиться прочная основа для науки.

Лейстъ (Studien über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute I. 2) относительно научнаго метода римскаго права замѣчаетъ: что его время прошло и что нынѣ требуется новый методъ для дальнѣйшихъ успѣховъ въ догматическомъ изученіи римскаго права. Тутъ нужно что нибудь иное. одинаково далекое, какъ отъ историческихъ, такъ и философскихъ вопросовъ, именно познаніе «природы и устройства здравыхъ жизненныхъ условій». Онъ называетъ это «изученіемъ природы» (Studium der Natur).

Аренсъ, въ предисловіи къ своей энциклопедіи права (стр. V), говоритъ: «Существенные недостатки остались, такъ что желательно, болѣе новое научное движеніе въ области римскаго права, болѣе глубокое вниканіе въ вещи и соотвѣтственное тому образованіе понятій». Въ текстѣ же (I 323) онъ говоритъ: «уже началась въ нѣкоторомъ отношеніи новая эпоха, которая по внутреннему сглаживанію существующихъ противорѣчій будетъ философско-историческою и которая съ образованіемъ сравнительной юриспруденціи, будетъ стремиться къ необходимымъ реформамъ въ практическомъ направленіи и преслѣдовать цѣль общаго нѣмецкаго законодательства».

Бринцъ (Kritische Blätter № 3) замѣчаетъ: «кажется пробуждается новое направленіе, исходящее изъ той мысли, что и право имѣетъ свою природу, свои элементы и свои творенія (Geschöpfe), свои виды и свои особи, свою силу и свою слабость, свой случай и свой законъ,—природу, которую юристы и законодатели воспитываютъ или портятъ, а никогда не создаютъ. Это направленіе можно назвать естественно-историческимъ».

и бѣжитъ ученыхъ, какъ и торговые люди стремятся имѣть судей безъ ученыхъ засѣдателей; такой же привилегіи ищутъ фабричные классы и селяне для своихъ судовъ. Не обличаютъ-ли всѣ эти факты testimonium paupertatis ученыхъ юристовъ, а чрезъ нихъ и ихъ науки въ ея нынѣшнемъ положеніи? Постоянное исканіе присяжныхъ основывается ни на чемъ иномъ, какъ на этомъ же мотивѣ, хотя юристы, по замѣчанію Кирхмана, стараются объяснить превосходство этого института совершенно другими причинами.

Изъ сказаннаго легко понять, что историко-юридическая школа еще немного сдѣлала для науки. Слѣдуетъ при этомъ припомнить, что сочиненіе Савиньи, считающееся основаніемъ историко-юридической школы, вышло почти одновременно съ трудомъ Бопа [1]), положившимъ основаніе научному языковѣдѣнію, и что самъ основатель историко-юридической школы часто указывалъ на сходство организма языка и права,—мысль, которая за тѣмъ на всѣ лады повторялась послѣдователями Савиньи. Но какихъ результатовъ достигли обѣ науки? Языковѣдѣніе, въ теченіе полувѣка своего существованія, дало такіе плоды, о какихъ прежде не могъ мечтать и самый смѣлый умъ; оно сдѣлалось наукой, къ которой всѣ ея сестры, науки историческія, должны прибѣгать за помощью въ своихъ изслѣдованіяхъ; а что между тѣмъ сдѣлала старшая ея сверстница—наука исторіи права? Мы выше видѣли, въ какомъ состояніи находится цивилистика—одна изъ главныхъ отраслей юридическихъ наукъ! Какія же причины такого явленія?

Нельзя допустить, чтобы Савиньи обманулся, находя въ правѣ органическую природу, подобную той, которую лингвисты приписываютъ языку, нельзя допустить, чтобы было менѣе дѣятелей на нашемъ полѣ, чѣмъ на полѣ лингвистики. Мы думаемъ, что неуспѣшность нашей школы главнѣйше заключается въ способѣ изслѣдованія и обработкѣ предмета.

Филологи не только разрабатываютъ лингвистическій матеріалъ, проникая въ основаніе состава и строя языка, но пользуются имъ, особенно послѣ трудовъ Гримма, для объясненія всѣхъ сторонъ жизни, на сколько онѣ выражаются въ словѣ и объясняютъ слово народа. Во всѣхъ своихъ работахъ они держатся одного направленія: путемъ научнаго сравненія и анализа проникать въ

---

[1]) Conjugationssystem der Sanskritsprache in Vergleichung mit jenem der griechischen, lateinischen, persischen und germanischen. 1816.

законы, дѣйствующіе на явленія ими наблюдаемыя во временномъ ихъ видоизмѣненіи.

Если бы юристы-историки слѣдовали примѣру языковѣдовъ, съ которыми относительно предметовъ изслѣдованія, по ихъ же собственному признанію, у нихъ много аналогій, то они должны бы были, кромѣ изданія памятниковъ, распредѣлить свои работы приблизительно слѣдующимъ образомъ:

I. Критически выбирать матеріалъ въ источникахъ, въ какой бы формѣ они не являлись, и разрабатывать юридическую догматику.

II. Изслѣдовать элементы отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ, опредѣлять отношеніе ихъ между собою и къ остальнымъ сторонамъ народной жизни.

III. Отыскивать путемъ научнаго сравненія и критическаго анализа законы, по которымъ право рождается, живетъ, измѣняется и умираетъ.

Постараемся разсмотрѣть, по крайней мѣрѣ въ общихъ чертахъ, тѣ результаты, какихъ достигла историческая школа въ этихъ трехъ направленіяхъ.

I. Самая большая погрѣшность историко-юридической школы, по отношенію къ изслѣдованію матеріала, заключается, какъ мнѣ кажется, въ томъ, что цѣлый предметъ разсматривается ею почти исключительно съ одной юридической точки зрѣнія. Историкъ приносится въ жертву юристу, въ мѣсто того, чтобы оба элемента, юридическій и историческій, шли равномѣрно и согласно. Филологи новаго времени, въ этомъ случаѣ, поступаютъ раціональнѣе; отдѣлившись отъ филологовъ староклассическаго закала, оставшихся вѣрными старинѣ, они взяли изъ своего общаго достоянія только то, что имъ нужно, и пошли совершенно новымъ путемъ. Юристы-историки не догадались сдѣлать того-же, не могли разстаться съ старыми традиціями—и потому остались односторонними.

Вслѣдствіе этой односторонности, юристы напр. въ историческихъ изслѣдованіяхъ предмета, не могутъ отрѣшиться отъ юридической фикціи. При пользованіи какимъ-нибудь закономъ для историческихъ цѣлей, изслѣдователь почти всегда беретъ законъ такъ, какъ будто онъ во всей своей полнотѣ вошелъ въ плоть и кровь народа, хотя бы онъ скроенъ былъ людьми, которые думаютъ, что не одежда существуетъ для человѣка, а человѣкъ для одежды. Фикція, что законъ послѣ обнародованія входитъ въ жизнь, нужна и даже необходима въ интересахъ юридической теоріи и

практики; но для историка-юриста, если онъ приметъ ее абсолютно, она можетъ быть въ высшей степени опасной и вредной, потому что чрезъ это и самая исторія становится для него фикціей и, такъ сказать, документальной ложью.

Мнѣ кажется, что историкъ-юристъ въ этомъ случаѣ, обязанъ болѣе всего обращать вниманіе на слѣдующія вопросы: кѣмъ изданъ законъ; при какихъ обстоятельствахъ и вліяніяхъ; въ какой мѣрѣ законъ согласуется съ экономическими, культурными, религіозными отношеніями и юридическими убѣжденіями народа; на сколько этотъ законъ былъ измѣненъ практикой и администраціей, какое вліяніе оказалъ на народъ и проч. И дѣйствительно, законъ, особенно издаваемый ab alto имѣетъ обыкновенно въ виду: не утвердить живущее въ народѣ право, но ввести вмѣсто него новое. Законодательство, которое не обращаетъ вниманія на общебытовое положеніе народа, становится часто въ противорѣчіе съ цѣлой народной жизнью.

Такъ напр. въ Далмаціи, 60 лѣтъ, а въ Хорватіи 20 лѣтъ тому назадъ, былъ введенъ общій австрійскій гражданскій сводъ, дѣйствующій до сихъ поръ; но въ Далмаціи, особенно по вопросу о юридическихъ отношеніяхъ семьи и наслѣдства между крестьянами, состовляющими громадное большинство населенія, онъ никогда не вступалъ и не могъ вступить въ жизнь: его должны были игнорировать и народъ и судьи [1]). Въ Хорватіи и Славоніи само министерство вынуждено было, административнымъ порядкомъ, пріостанавливать дѣйствіе тѣхъ частей, которыя находились въ коренномъ противурѣчіи съ обычнымъ правомъ крестьянскаго народонаселенія [2]).

Къ тому же порядку явленій принадлежитъ и неудачная по-

---

[1]) Судьи въ этомъ игнорированіи закона основываются на § 761 свода гражданскихъ законовъ, который говоритъ о наслѣдствѣ крестьянъ, по совсѣмъ въ другомъ смыслѣ. Только для Военной Границы было установлено наслѣдство задруги, но не гражданскими законами, а уставомъ этой земли (Grundgesetz für die Militärgrenze) отъ 7 мая 1850, въ §§ 22, 25, 26.

[2]) Сюда относится напр., Verordnung des Ministeriums der Justiz v. 5 März 1860: «Zur Erzielung eines gleichmässigen (!) Verfahrens der Gerichte findet das Ministerium der Justiz im Grunde allerhöchster Ermächtigung v. 2. März 1860. zu verordnen, dass auf die in Croatien und Slavonien bestehenden Hauscommunionen, bis zur endgiltigen Regelung derselben, wegen Schulden der einzelnen Communionsmitglieder keine Executionen bewilligt und geführt, und ebenso diejenigen Executionen welche in solchen Fällen von den unteren Gerichten oder von dem Obersten Gerichtshofe selbst bewilligt worden, eingestellt werden.

пытка Петра Великаго ввести положеніе о единонаслѣдіи (1714 года) столь противномъ общему убѣжденію [1]), что императрица Анна Ивановна (1731 года) принуждена была его отмѣнить [2]) Точно также и депутаты Екатерининской коммисіи не могли увлечься идеалами императрицы, навѣянными ей чтеніемъ Монтескье [3]).

Нерѣдко самъ народъ, вступившій въ новую фазу жизни, сознаетъ недостаточность старыхъ обычаевъ, ищетъ замѣнить ихъ твердыми законами, и не имѣя при этомъ настолько самостоятельности, чтобы установлять законы согласно съ своими нуждами, заимствуетъ ихъ, съ нѣкоторыми незначительными измѣненіями, у народа, котораго онъ считаетъ просвѣщеннѣе себя. Но лишь только онъ начнетъ пользоваться этою не по его мѣркѣ сшитою одеждою, невольно замѣчаетъ, что на однихъ мѣстахъ она безобразно широка, а въ другихъ, безобразно его давитъ. Нѣчто подобное случилось напр. съ Сербами въ княжествѣ при изданіи свода гражданскихъ законовъ. Это изданіе лучше всего характеризуютъ слова одного изъ лучшихъ сербскихъ юристовъ: «Мы страшно погрѣшили, говоритъ онъ, тѣмъ, что усвоили себѣ законы извнѣ, безъ всякаго вниманія къ народнымъ понятіямъ, обычаямъ и нуждамъ. Законы, взятые извнѣ, безъ достаточной ихъ оцѣнки, сдѣлали то, что во многихъ случаяхъ, имѣя законъ, остаемся безъ него, и народъ, а часто и сами власти, не разумѣютъ закона... Отсюда выходитъ, что дѣлаются противузаконія въ то время и тамъ, когда и гдѣ никто не желалъ бы поступать противъ закона [4]).

---

[1]) Неволинъ (Исторія гражданскихъ законовъ III 424—425) замѣчаетъ «Порядокъ наслѣдованія введенный Петромъ Великимъ, встрѣтилъ сопротивленіе въ существовавшихъ дотолѣ обычаяхъ. Родители, по равной любви ко всѣмъ своимъ дѣтямъ, употребляли всѣ средства для того, чтобы раздѣлить между ними свое имѣніе по равнымъ частямъ, прибѣгали для того къ подложнымъ продажамъ и закладамъ; обязывали дѣтей великими клятвами, чтобы, получившій послѣ нихъ все имѣніе передалъ часть его своимъ братьямъ; изъ за наслѣдства раждались между дѣтьми и родственниками ссоры, ненависть, смертоубійства.» ср. и §§ 518, 521, того же сочиненія.

[2]) ibid.

[3]) А. Поповъ. Предложенія депутатовъ екатерининской коммисіи о сочиненіи проекта новаго положенія о наслѣдствѣ, въ журналѣ „Заря“ январь 1870 года стр. 74—107.

[4]) Протоколъ Шабачкога магистрата (въ Бѣлградѣ 1868 г.), въ предисловіи Н. Крстича. См. «Сборникъ закона и уредба изданихъ у Княжеству Сербіи», въ которомъ повсюду встрѣчаются законы, уничтожающіе или измѣняющіе отдѣльныя постановленія въ гражданскомъ сводѣ сербскомъ.

Все это, полагаемъ, ясно свидѣтельствуетъ о недостаточности опредѣленія одной формальной стороны дѣла, безъ изслѣдованія внутреннихъ его основаній и мотивовъ. Такъ напр., намъ кажется, что для германскаго историка-юриста не имѣетъ еще такой великой важности рѣшеніе извѣстнаго спора, по вопросу о томъ, было-ли римское право принято въ Германіи in complexu или нѣтъ, „ganz“ или „im ganzen“. Если бы даже въ самомъ дѣлѣ законодательная власть *формально* дала римскому праву всю силу закона, то и въ такомъ случаѣ можно усумниться въ исключительномъ его господствѣ: при этомъ стоитъ лишь вспомнить выраженіе usus modernus pandectarum. Съ другой стороны, если бы законодательная власть и отмѣнила дѣйствіе римскаго права, то нельзя бы было придавать тому большее значеніе. Стоило бы только взглянуть на множество германскихъ институтовъ, видоизмѣненныхъ въ духѣ римскаго права или совершенно замѣненныхъ имъ, чтобы удостовѣриться въ дѣйствительномъ его господствѣ.

Другая не менѣе выдающаяся односторонность новыхъ юристовъ заключается въ томъ, что они мало или почти вовсе не обращаютъ вниманія на обычное право. Вмѣсто того, что бы слѣдовать древнимъ римскимъ юристамъ, такъ уважавшимъ его [1]), наши новые юристы скорѣе въ этомъ отношеніи подражаютъ средневѣковымъ болонскимъ глосаторамъ, изъ которыхъ первый, Ирнерій, отнѣлъ обычному праву вѣчную память [2]). Даже и послѣ важныхъ трудовъ Савиньи и Пухты [3]), доказавшихъ необходимость, обращать самое строгое вниманіе на обычное право, оно все-таки еще не заняло подобающаго мѣста въ наукѣ. Правда, важное изданіе Гримма (Die Weisthümer) отчасти восполнило этотъ пробѣлъ въ источникахъ нѣмецкаго права и возбудило подражаніе въ нѣкоторыхъ ученыхъ обществахъ Германіи, но всѣ этого рода матеріалы представляютъ обычаи, записанные въ прошлыя столѣтія. Что же касается до собиранія и изученія современныхъ юридическихъ обычаевъ нѣмецкаго народа, наука, можно сказать, еще до сихъ поръ ничего не сдѣлала; а между тѣмъ, сколько можно най-

---

[1]) Frag. 32, 33, 35, 40. Dig. I. 3; const. 7. Cod. I. 14; Nov. 22 cap. 1 etc.

[2]) Коментируя l. 32 de legibus (I, 3) онъ говоритъ: «loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem nihil laceret desuetudo populi. (Savigny. gesch. d. röm. Rechtes in Mittelalter IV. 887).

[3]) Das Gewohnheitsrecht. Erlangen 1828.

ти въ нихъ матеріала для юридической палеонтологіи! Въ этомъ случаѣ поучителенъ примѣръ лингвистовъ, которые живыми, не принятыми еще ни въ какой академическій словарь, реченіями, объясняютъ самыя древнія формы языка; не меньше поучителенъ примѣръ миѳологовъ, открывающихъ въ современныхъ обычаяхъ слѣды вѣрованій дохристіанскихъ временъ.

Здѣсь умѣстнымъ будетъ коснуться одного, по нашему мнѣнію, невѣрнаго воззрѣнія Савиньи, воззрѣнія, которое, вѣроятно, было однимъ изъ поводовъ тому, что и новѣйшіе историки права слишкомъ много цѣнятъ свои юридическія знанія и пренебрегаютъ образомъ мыслей и убѣжденіями народа и его отдѣльныхъ слоевъ. Мы считаемъ нужнымъ обратить тѣмъ болѣе вниманіе на это воззрѣніе Савиньи, что, сколько намъ извѣстно, ученые, даже сами его противники, до сихъ поръ мало указывали на его ошибочность.

Сказавъ о творческой дѣятельности народа первобытной эпохи въ сферѣ права, онъ говоритъ далѣе объ эпохѣ болѣе развитой: „При дальнѣйшемъ развитіи культуры, всѣ отрасли народной дѣятельности обособляются все болѣе и болѣе; что нѣкогда дѣлалось сообща, теперь выпадаетъ на долю частныхъ лицъ. Являются юристы въ видѣ отдѣльнаго сословія. Право начинаетъ развиваться со стороны языка, принимаетъ научное направленіе и, какъ прежде оно жило въ сознаніи цѣлаго народа, такъ теперь оно держится въ сознаніи юристовъ, представляющихъ собою народъ [1])“.

Нельзя отвергать того, что начало раздѣленія труда играетъ важную роль въ народной жизни; нельзя не желать, чтобы съ развитіемъ народа отдѣльныя отрасли народнаго труда распредѣлялись между различными частями и сословіями народа. Но все это, намъ кажется, не можетъ еще служить оправданіемъ мысли, высказанной Савиньи въ приведенномъ выше мѣстѣ. Было бы, мы думаемъ, логичнѣе и правдоподобнѣе сказать, что если прежде сознаніе юридическихъ отношеній принадлежало безраздѣльно цѣлому народу, то позже, въ силу раздѣленія труда, оно должно было раздробиться по отдѣльнымъ народнымъ классамъ и сословіямъ, придавъ самой идеѣ права гораздо большую законченность и интенсивность, вмѣстѣ съ разнообразіемъ въ ея осуществленіи и примѣненіи, сообразно съ потребностями и воззрѣніями различныхъ частей народа.

Нельзя, конечно отрицать того, что юристы составляютъ отдѣль-

[1]) Savigny l. c. стр. 12.

ный классъ спеціалистовъ-знатоковъ юриспруденціи, но нельзя и допускать, что имъ вслѣдствіе экономическаго раздѣленія труда, исключительно принадлежитъ и самое сознаніе юридическихъ отношеній. Иначе слѣдовало бы признать, что имъ наилучше извѣстны разнообразнѣйшія отношенія жизни, во всемъ ея богатствѣ со всѣми микроскопическими подробностями. Не обращаются-же къ филологамъ, на долю которыхъ, въ силу раздѣленія труда, досталось сознаніе языка, не обращаются, говорю, къ нимъ ткачъ, кузнецъ, морякъ за наставленіями, чтобы научиться у нихъ, какъ называть обыденные предметы и условія ихъ занятій и производства. Въ дѣйствительности, нерѣдко дѣло бываетъ совершенно наоборотъ.

Что и юристы по спеціальнымъ вопросамъ, касающимся различныхъ юридическихъ отношеній, нерѣдко должны были прибѣгать къ помощи неюристовъ, въ этомъ пришлось убѣдиться и самому Савиньи. Такъ, нѣсколько лѣтъ тому назадъ въ Германіи явилась потребность выработать общій торговый и вексельный сводъ для всѣхъ нѣмецкихъ государствъ. Законодательная власть не была на столько односторонней, и не признала юридическое сознаніе за одними юристами, но кромѣ ихъ пригласила къ участію въ дѣлѣ составленія свода и значительное число людей, принадлежащихъ къ торговому сословію. Протоколы засѣданій учрежденной съ этою цѣлію комиссіи свидѣтельствуютъ, что голосъ представителей торговаго класса былъ по достоинству уваженъ. [1]) Сами нѣмецкіе юристы, разумѣется, не безъ нѣкотораго патріотическаго преувеличенія, называютъ эти законы великимъ національнымъ подвигомъ (grosse nationale That) [2]).

Въ заключеніе считаемъ нужнымъ замѣтить, что все сказанное нами доселѣ о дѣятельности историковъ-юристовъ, не даетъ еще повода полагать, что мы, подобно Кирхману, отрицаемъ вообще всякое значеніе и важность ученой юриспруденціи и ея обработки. Напротивъ, вполнѣ сознавая строгую и настоятельную необходимость научной дѣятельности юристовъ, мы только хотимъ указать на ихъ одностороннее направленіе, которое наука должна осудить. Юристъ по нашему мнѣнію, долженъ относиться къ предмету своихъ изслѣдованій со всевозможныхъ сторонъ, долженъ въ особенности по вопросу объ обычномъ правѣ дѣйствовать по примѣру компози-

---

[1]) Protocolle der Commission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgetzbuches, herausgeg. v. I. Lutz. Würzburg 1858 ff.

[2]) Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechtes (Erlangen 1864.) Vorwort. VI. IX.

тора, который собираетъ простыя мелодіи деревенскаго населенія, но умѣетъ придать имъ, при помощи искусства, такой гармоническій и возвышенный характеръ, что ихъ съ наслажденіемъ слушаютъ люди съ самымъ утонченнымъ вкусомъ. Мы убѣждены, что безъ сословныхъ засѣдателей, только что упомянутый сводъ нѣмецкихъ торговыхъ законовъ, не былъ бы столь совершеннымъ, какимъ онъ вышелъ на дѣлѣ; но съ другой стороны нельзя не согласиться, что безъ содѣйствія юристовъ отдѣльныя части свода никогда не были бы приведены въ такую стройную и цѣльную систему. Впрочемъ мы коснулись этого вопроса только мимоходомъ, такъ какъ мы имѣемъ дѣло не съ теоріей законодательства, но съ историческимъ изслѣдованіемъ юридическихъ явленій.

Изъ выше сказаннаго кажется мнѣ очевиднымъ, что основаніе, на которомъ юристы хотѣли бы удержать все зданіе историческаго изученія права, недостаточно прочно, для такой громадной постройки.

II. Перейдемъ теперь къ самой разработкѣ научнаго матеріала историками-юристами и прежде всего къ дѣятельности касающейся второй изъ предложенныхъ нами задачъ, т. е. анатоміи и физіологіи права. Здѣсь слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что историки-юристы слишкомъ ограничиваютъ свою задачу, не идутъ дальше простаго изложенія и описанія фактовъ, въ то время, какъ требовательность науки исторіи, уже въ началѣ нынѣшняго столѣтія, далеко перешагнула эти границы. Что дѣйствительно юристы до сихъ поръ не шли дальше описанія фактовъ, это видно между прочимъ изъ словъ Іеринга, по вопросу объ обработкѣ римскаго права, которое и въ историческомъ направленіи нашло наиболѣе работниковъ. «Если желательно, говоритъ онъ, обезпечить за римскимъ правомъ интересъ для юридическаго міра и на будущее время, то наука римскаго права должна подняться отъ простаго представленія фактовъ къ критикѣ. Пойти впередъ по этому направленію—вотъ задача настоящаго труда (его «Духъ римскаго права»). Онъ имѣетъ въ виду критику римскаго права, но не критику теперешняго римскаго права съ точки зрѣнія законодательной политики, а критику историко-философскую, т. е. такую, которая сопровождаетъ его на всемъ его пути отъ начала до конца, не для того, чтобы довольствоватся внѣшними историческими фактами, какъ это обыкновенно дѣлаетъ исторія римскаго права, но чтобы проникнуть во внутреннія пружины историческаго движенія (werden), сокровенныя, побудительныя причины, послѣднія основы

и духовную взаимозависимость совокупнаго развитія права [1]). Нѣсколько далѣе Іерингъ говоритъ слѣдующее: „Основный характеръ всей нашей научной дѣятельности по отношенію къ римскому праву въ теченіи столѣтія, заключается въ вѣрующемъ позитивизмѣ; нашъ спектицизмъ не переходитъ далѣе чисто позитивныхъ вопросовъ, въ области которыхъ онъ, конечно неустанно работаетъ; мы довольствуемся знаніемъ, сужденіе насъ ни мало не интересуетъ [2])"; а еще нѣсколько дальше: „Въ будущемъ будетъ непонятно, что наша нынѣшняя юриспруденція, владѣющая такимъ высокимъ знаніемъ римскаго права, имѣла столь незначительный даръ наблюдательности относительно характеристическихъ особенностей послѣдняго, что для насъ осталось закрытымъ то, что̀, въ самомъ ближайшемъ времени, сдѣлается яснымъ и простому глазу, когда будетъ найдена надлежащая точка зрѣнія" [3]).

Причина низкой степени развитія юридической исторіи, можетъ быть, отчасти заключается въ безжизненности предмета главнаго труда самаго основателя школы, разумѣемъ его „исторію римскаго права среднихъ вѣковъ." [4]). Создавшій это право народъ уже давно умеръ: величественно его наслѣдство—римское право, жило преимущественно гальванизованною жизнію. Юридическая практика при наибольшихъ стараніяхъ не могла въ него вдохнуть духа жизни, свойственнаго только самородному праву, кои непосредственно развивается на народной почвѣ. Неудивительно по этому, что при всей своей даровитости и учености, Савиньи не былъ въ состояніи оживить свой мертвый предметъ, какъ нельзя внести жизнь въ исторію поэтическихъ сочиненій XV и XVI вѣка, писанныхъ латынью вѣка Августа въ подражательномъ духѣ Виргилія и Горація. Тѣмъ не менѣе этотъ трудъ Савиньи имѣлъ неизгладимое вліяніе на воззрѣнія, выборъ предметовъ и способъ изслѣдованія цѣлаго поколѣнія его учениковъ и послѣдователей. Значительный шагъ впередъ въ историческомъ изученіи римскаго права сдѣлалъ Іерингъ, благодаря тому преимущественно, что онъ, опираясь на труды Савиньи, Нибура, Моммсена, начинаетъ изученіе своего предмета съ возникновенія Рима и римскаго народа а не съ его паденія какъ было у Савиньи.

---

[1]) Geist des röm. Rechtes (II. Aufl.) I. 15—16.

[2]) ibid I. 22.

[3]) ibid I. 23.

[4]) Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter von Friedrich Carl v. Savigny. Heidelberg 1826—31.

Впрочемъ надлежитъ замѣтить, что самъ Савинъи въ вышеупомянутомъ сочиненіи „о призваніи нашего времени къ законодательству“ уже высказалъ ту глубокую истину, что право не имѣетъ отдѣльнаго существованія и что его сущность коренится въ народной жизни. Но юристы нашей школы не обратили достаточнаго вниманія ни на это замѣчаніе Савинъи, ни на самый характеръ своего предмета.

Мы думаемъ, что если желательно, чтобы исторія права достойно исполнила свою задачу, она должна, къ описательной функціи естественной исторіи, прибавить еще экспериментальный методъ физики. Историку права слѣдуетъ обращать самое серьезное вниманіе на отношеніе права на всѣ остальныя стороны жизни народа: на его географическое положеніе, экономическій бытъ, соціальныя отношенія, религію, нравъ, исторію политическую, характеръ сосѣднихъ народовъ и т. д. Иначе историкъ съ трудомъ будетъ отвѣчать на множество вопросовъ;—почему напр. въ римскомъ правѣ мѣсто своихъ постановленій по мореплаванію, приняты были нѣкоторыя постановленія чужеземныя, напр. Lex Rhodia? Этотъ вопросъ нельзя рѣшить удовлетворительно, если не обращать вниманія на топографическое положеніе Рима и на первоначальный экономическій бытъ римскаго народа. Какимъ образомъ объяснить отсутствіе у древнихъ Славянъ невольничества въ смыслѣ древнаго міра и западо-европейскаго, если мы не обратимъ вниманія на хозяйственныя занятія Славянъ, ихъ соціальныя отношенія, ихъ народную психологію и пр.?

Кромѣ того, юридическія институты необходимо разсматривать не въ отдѣльности а въ ихъ совокупности, необходимо постоянно имѣть въ виду взаимныя отношенія и связи отдѣльныхъ институтовъ между собой. Кто напр. желалъ бы знать, почему славянскія племена при существованіи *задруги* не нуждаются въ римской tutela и curatela, тотъ долженъ разсмотрѣть юридическое устройство семейной *задруги* во всей ея цѣлостности. Желаетъ-ли кто знать, почему у нѣкоторыхъ славянскихъ племенъ кража не всегда считается преступленіемъ, тотъ долженъ обратить вниманіе на ихъ понятія о владѣніи, собственности и т. п.

Очевидно что и эта сторона историческаго изученія права ожидаетъ, не только продолженія прежнихъ работъ, но и совершенно новой дѣятельности.

III. Мы видѣли, что историки, въ широкомъ смыслѣ этого слова, опередили историковъ-юристовъ, но они не довольствуются сдѣ-

ланнымъ прогрессомъ. Въ виду громаднаго и никогда не перестающаго умножаться матеріала, въ виду требованій философіи, явилось нѣсколько возвышенныхъ умовъ, которые стараются открыть общіе законы въ этой безконечной Пенелопиной пряжѣ. [1]) Несмотря на голоса, скептически отнесшіеся къ подобнымъ попыткамъ, которыя дѣйствительно не привели еще къ положительнымъ результатамъ, мы должны признать важнымъ фактомъ уже одно то, что явилось сознаніе о необходимости открытія и изслѣдованія общихъ историческихъ законовъ. Въ области лингвистики эти законы безъ всякаго шума стали открываться, по крайней мѣрѣ для огромной группы такъ называемыхъ флективныхъ языковъ. Такой общій для всѣхъ этихъ языковъ законъ можно видѣть въ стремленіи ихъ къ моносиллабизму, какъ и реакціи противъ послѣдняго, когда онъ достигъ своего крайняго предѣла; таковы многочисленные законы фонетики и пр. Нельзя допустить, чтобы исторія права обречена была на вѣчную невозможность выйти изъ удушливой груды частностей и всяческихъ случайностей. Нельзя допустить чтобы задача ея исчерпывалась только границами даннаго народа, чтобы никогда не смѣла перешагнуть чрезъ этотъ Рубиконъ. Вотъ отзывъ Иеринга по этому вопросу: „Познаніе истинной сущности римскаго права успѣвается въ той же мѣрѣ, въ какой общее ученіе о *природѣ права* совершенствуется путемъ *юридическо-философскимъ* и *эмпирическо-сравнительнымъ* и обогащается новыми понятіями и точками зрѣнія. [2])

По нашему мнѣнію, для пониманія отдѣльныхъ системъ права и для открытія въ нихъ общихъ истинъ, необходимо

1) *Расширять* поле историческо-юридическихъ изслѣдованій

2) Сравнивать *научнымъ* способомъ отдѣльные юридическіе институты.

Но сознавала-ли нынѣшняя историческо-юридическая школа свою задачу во всей цѣльности и со всѣми ея требованіями? Можно смѣло отвѣчать, что нѣтъ.

Что касается расширенія поля изслѣдованій, нужно замѣтить, что очень рѣдко историки права могли возвыситься до сознанія, что отдѣльные институты ихъ спеціальнаго права, въ научномъ интересѣ послѣдняго, должно сравнивать съ институтами всѣхъ сродныхъ и сосѣднихъ народовъ, не обращая вниманія на то: на-

---

[1]) Напр. Buckle History of Civilisation in England. 1860.

[2]) l. c. I. 24; ср. Ahrens, Juristische Encyclopädie. Vorwort VII.

ходятся ли онѣ случайно на высшей, ровной или низшей ступени образованности. Историки нѣмецкаго права болѣе всего любятъ сравнивать его съ римскимъ правомъ; къ праву же другихъ народовъ обращаются главнымъ образомъ, для того чтобы искать у нихъ германское же право, перенесенное на ихъ почву, не обращая вовсе вниманія на изслѣдованіе и изученіе общихъ и спеціальныхъ законовъ и началъ. Результаты, добытые лингвистами путемъ сравнительнаго метода, должны послужить толчкомъ къ примѣненію его и въ области права. И въ самомъ дѣлѣ, кто бы могъ надѣяться напр. что сравнительное языковѣдѣніе въ мадьярскихъ словахъ: golomb, bolond, въ румынскихъ лꙋикъ порꙋикъ; въ греческомъ: λογγος, ζομβρος; въ готскихъ plinsian, mims, не только откроетъ славянское ихъ происхожденіе [1]), что еще не много значитъ, но и выяснить законъ ринезма въ старославянскомъ языкѣ и этимъ облегчитъ открытіе и утвержденіе другихъ общихъ законовъ лингвистики.

Языковѣдѣніе сравниваетъ не только сосѣдніе, но и всѣ сродные языки, не обращая вниманія на то, будетъ-ли этотъ языкъ образованнаго народа, или нѣтъ. Еслибы новѣйшіе языковѣды держались традиціи и не переходили за черту староклассическихъ и западно-европейскихъ языковъ, для нихъ оставалось-бы какъ бы закопаннымъ въ землѣ великое научное сокровище, которое скрывалось въ азіятскихъ языкахъ санскрита и зенда и въ языкѣ родственнаго намъ, но мало извѣстнаго, литовскаго народа. Наконецъ, явились языковѣды, которые не считали унизительнымъ для своего достоинства, заниматься, ради научныхъ цѣлей, изученіемъ языка самаго презрѣннаго племени въ Европѣ — племени цыганскаго [2]).

Указавъ вкратцѣ на пользу отъ расширенія области изслѣдованія, обратимъ вниманіе на то, какъ до сихъ поръ дѣлалось сравненіе въ области исторіи права.

Какъ астрономіи предшествовала астрологія, химіи — алхимія, такъ и теперешнему языковѣдѣнію предшественницею была этимологія. [3]) Не зная внутреннихъ свойствъ словъ, она могла ихъ

[1]) Miklosich, Lautlehre der altslovenischen Sprache (Wien 1850) стр. 13—14.

[2]) Ср. Benfey. Geschichte der Sprachwissenschaft und orientalischen Philologie in Deutschland. (München 1869) стр. 604.

[3]) Объ исторіи этимологіи см. Jagic Slovjensko jezikoslovje въ Književnikѣ II. 86—95.

сравнивать только по случайному созвучію; разумѣется, своими произвольными сравненіями очень часто возбуждала смѣхъ, такъ что еще въ прошломъ вѣкѣ язвительный Вольтеръ сказалъ о ней: «L'etymologie est une science où les voyelles ne font rien, et les consonnes fort peu de chose». Но теперь, когда не обращается вниманія на внѣшнюю форму слова [1]), мы знаемъ, что напр. старо-славянское слово г л а д ъ по фонетическимъ правиламъ одно и тоже что и лужицкое w u t, греческое ἑκατόν и славянское с т о, хотя звуки совершенно различны; а наоборотъ польское с б r k a и сербское c u r a, санскритское ghota (equus) и скандинавское goti (тоже equus), [2]) хотя звуки ихъ и значеніе совпадаютъ, по своему происхожденію совершенно различны. Мы это привели для того, чтобы обратить вниманіе на тотъ способъ, которымъ производилось доселѣ сравненіе въ области права. И знаменитый Гриммъ въ своихъ историко-юридическихъ работахъ при сравненіи разноплеменныхъ институтовъ и обычаевъ, преимущественно обращалъ вниманіе на внѣшнее сходство, упуская изъ виду ихъ внутреннюю природу. То-же самое мы видимъ у его послѣдователей.

И дѣйствительно, пока мы будемъ изучать внутренній характеръ права и его свойства, полагая въ основу сравненія одно внѣшнее сходство, до тѣхъ поръ нашъ сравнительный методъ пойдетъ немногимъ дальше способа сравненія старой этимологіи. Сколько бы напр. сербская п р ѣ u j a, о с о б и т и н а по своей внѣшней формѣ ни сходна была съ римскимъ p e c u l i u m, опека женщинъ у Аѳинянъ съ опекой у Германцевъ, или положеніе старо-нѣмецкаго наслѣдственнаго права о предпочтеніи мужчины женщинѣ съ подобнымъ же положеніемъ славянскаго права, но всѣ эти институты утверждены на совершенно различныхъ основаніяхъ, отличаются различнымъ внутреннимъ характеромъ и направленіемъ.

Въ изученіи исторіи славянскаго права, можемъ ли мы держаться тѣхъ условій, которыя до сихъ поръ казались достаточными изслѣдователямъ исторіи германскаго права? Вышеприведенный разборъ этихъ условій, кажется, достаточно показываетъ, что нѣтъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ даетъ общій намекъ, какое другое направленіе должны мы избрать предпочтительно.

---

[1]) Humboldt говоритъ: «Bloss elende Pfuscher vergleichen noch ins Blaue hinein einzelne Wörter nach blosser Klangähnlichkeit».

[2]) Pictet, Les origines indoeuropeennes I. 17.

Мы прежде всего обратимъ вниманіе на общія основанія права, т. е. покажемъ существенные черты исторической жизни Славянъ, разсмотримъ всѣ тѣ отношенія, которыя главнымъ образомъ вліяютъ на историческую жизнь народа:—отношенія территоріальныя, климатическія, этнографическія, психологическія, экономическія, соціальныя, политическія и т. д.:—и затѣмъ, на основаніи всего этого изложимъ систему нашего предмета. Въ этомъ изложеніи, какъ уже замѣчено, мы не только будемъ обширно заниматься обычнымъ правомъ, игравшимъ важнѣйшую роль въ исторіи славянскаго права, но и постараемся выяснить отношеніе его къ писанному праву даннаго славянскаго племени или земли: отношеніе отдѣльныхъ положеній между собою и въ связи съ цѣлой системою права; наконецъ отношенія права одного славянскаго племени или земли къ остальнымъ. Равнымъ образомъ, необходимо самое широкое примѣненіе сравнительнаго метода къ отдѣльнымъ правовымъ институтамъ сродственныхъ иноплеменниковъ и сосѣдей. При этомъ нужно также обращать самое серьезное вниманіе на между-народное вліяніе въ области права и на случаи и причины его, обращая постоянное вниманіе на главныя условія внѣшней и внутренней жизни народовъ. При нашихъ изслѣдованіяхъ не будемъ терять изъ виду, какъ это къ сожалѣнію обыкновенно дѣлалось у историковъ юристовъ, народнаго слова, ни произведеній устной словесности народа.

Само собою разумѣется, что съ примѣненіемъ такого метода изслѣдованія къ матеріалу такъ обширному и мало разработанному, трудъ нашъ долженъ значительно увеличиться. Но есть работа будутъ и руки.

Хотя въ продолженіе нашихъ занятій намъ придется въ частностяхъ видоизмѣнять и пополнять нашъ планъ и методъ, но въ главныхъ основаніяхъ мы будемъ строго его придерживаться, ибо видимъ въ немъ единственный способъ, который можетъ привести къ положительнымъ результатамъ, могущимъ съ пользою служить не только нашей славянской, но и всеобщей наукѣ, которой мы, самые младшіе изъ великой арійско-христіянской семьи, должны заплатить и свою дань. Не эта ли самая мысль поддерживала нашихъ языковѣдовъ въ ихъ громадныхъ научныхъ работахъ; они не допустили, чтобы, подобно романскимъ племенамъ [1]), вторг-

[1]) Сравнительную грамматику романскихъ языковъ не написалъ ни французъ, ни италіянецъ, ни испанецъ, но нѣмецъ Дицъ.

лись въ славянское языковѣдѣніе чужіе ученые, но сами, воздѣлавши свой предметъ, предоставили его въ распоряженіе и славянства и всеобщей науки. Желательно, чтобы и славянскіе историки права не отстали отъ славянскихъ филологовъ.

Но можетъ быть, кто нибудь возразитъ: «имѣетъ ли славянское право хотя что нибудь особеннаго, чѣмъ бы могла обогатиться наука, или мы находимъ у себя только то, что встрѣчаемъ и у другихъ народовъ?» На это можно отвѣтить даже относительно институтовъ, которые считаются у всѣхъ народовъ одинаковыми, по извѣстному правилу: Si duo idem faciunt, non est idem; что еще болѣе можетъ относиться къ народностямъ, какъ самостоятельнымъ особамъ. У насъ есть институты съ особеннымъ, имъ однимъ присущимъ характеромъ, институты, которые мы смѣло можемъ сравнивать, безъ всякой для насъ невыгоды, съ соотвѣтствующими институтами другихъ народовъ. Достаточно указать два, три примѣра.

Бросимъ взглядъ напр. на общія юридическія начала, господствующія въ семейномъ правѣ Славянъ и другихъ народовъ. Въ римской семьѣ, какъ извѣстно, paterfamilias былъ неограниченный деспотъ: жена была у него in manu, т. е. въ такой подчиненности, которую римскіе юристы выражаютъ словами: filiae loco [1]); дѣти также были у него in potestate, т. е. почти въ рабствѣ [2]) Эта строгая отцовская власть была тѣмъ тяжелѣе, что она продолжалась очень значительное время; при жизни отца filiusfamilias, даже если бы былъ отдѣленъ, женился, имѣлъ дѣтей, внуковъ, находился съ женой, дѣтьми и внуками во власти отца семьи [3]) У Германцевъ не было такого всецѣлаго поглощенія отцомъ семьи, но все таки mundium былъ тяжелъ для отдѣльныхъ личностей, и сынъ могъ освободиться отъ него только тогда, когда заводилъ

---

[1]) Usu *in manu* conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quae enim veldt annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat *filiaeque* locum optinebat. Gajus I. § III... Licet autem mulier fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilominus *filiae* loco ncipit esse: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam jura filiae nancisci. ibid. I. § 115. 6. (Gneist. Institutionum et regularum juris romani syntagma Lipsiae 1858).

[2]) Inst. II. 9. III. 28; Gajus II. § 86—96, III § 163; Cicero pro domo c. 29; frag. 11. in fine Dig. 28. 2; Valerius Maximus V. 8. 9. etc.

[3]) frag 5 Dig. 1. 6;—Gajus I § 127;—Ulpian. X § 2. etc.

свое особое хозяйство [1]). Но еще стѣснительнѣе былъ пожизненный mundium для женщины [2]).

На сколько же гуманнѣе старославянская семья, незнакомая ни съ властію paterfamilias, ни съ германскимъ mundium! Въ старой славянской семьѣ, сохранившейся доселѣ въ формѣ задруги у южныхъ Славянъ, господствуетъ полное равенство всѣхъ взрослыхъ членовъ семьи. Малолѣтній, приходя въ совершеннолѣтіе, вступаетъ во всѣ права, которыми пользуются остальные члены. Глава семейства обыкновенно избирается, но пользуется своею властію только до тѣхъ поръ, пока семья находитъ, что онъ управляетъ разумно; въ противномъ случаѣ на его мѣсто поставляютъ другаго [3]) И эту семью нѣкоторые западные писатели называютъ патріархальною!

А что сказать о рабствѣ, о самомъ свирѣпомъ рабствѣ у образованнѣйшихъ народовъ, какъ напр. у Римлянъ, гдѣ рабъ разсматривался какъ вещь! „Servus personam non habet“, говорили съ полнымъ хладнокровіемъ знаменитѣйшіе римскіе юрисконсульты [4]) Положеніе германскаго раба было не лучше [5]) Не выражается ли глубокая иронія въ извѣстномъ тщеславіи европейскихъ обществъ и писателей своею общечеловѣческою цивилизаціею и гуманностью, при томъ неоспоримомъ историческомъ фактѣ, что въ то время, какъ на западѣ судьба рабовъ нѣсколько облегчилась только подъ вліяніемъ христіанства, Славяне въ этомъ отношеніи, еще въ языческую эпоху, были болѣе христіане, чѣмъ крестившіеся западные народы, ибо у нихъ не было рабства въ смыслѣ западномъ. Только съ распространеніемъ христіанства въ славянскихъ земляхъ усилившееся, благодаря ему, вліяніе запада способствовало возникновенію и утвержденію у Славянъ этого позорнаго для человѣчества института [6]). Между тѣмъ какъ военно-плѣнные

---

[1]) Grimm, Deutsche Rechtsalterhümer стр. 455—462. Philipps, Deutsche Reichs— und Rechtsgeschichte § 40.

[2]) Walter Deutsche Rechtsgchichte § 474.

[3]) Jireček, Slovanské právo v Čechach a na Moravě I. 154—158. Ср. наше Pravni običaji u Slovenâ 27—47.

[4]) Gajus I § 9;—Just. 1, 3 pr.;—frag. 3 Dig. 1. 5.

[5]) Walter, Deutsche Rechtsgeschichte § 12.

[6]) Жестокое безправіе невольниковъ въ западномъ смыслѣ не могло и существовать у древнихъ Славянъ, при извѣстномъ демократическомъ устроеніи ихъ быта и при ихъ мягкихъ отношеніяхъ къ чужеземцамъ. Въ прочемъ мы говоримъ вообще, а не объ исключеніяхъ. Къ послѣднимъ, конечно относится противоположное свѣдѣніе о Славянахъ балтійскихъ,

Славяне у другихъ народовъ, осуждались на вѣчное рабство, сами Славяне, напротивъ того, удерживали военно-плѣнныхъ у себя на извѣстный срокъ, по прошествіи котораго предоставляли имъ на выборъ или идти безъ выкупа домой, или жить между ними на свободѣ [1]). Такой обычай немного отступаетъ отъ требованій новѣйшаго международнаго права.

Наконецъ укажемъ на своеобразный характеръ поземельнаго владѣнія и передѣлъ общинныхъ земель у русскаго народа, въ возникновеніи и развитіи которыхъ, кромѣ мѣстныхъ условій, несомнѣнно принималъ участіе и живой народный духъ. Что бы ни говорили противъ этого института нѣкоторые экономисты, для насъ достаточно, что западныя соціально-экономическія школы считаютъ какимъ то идеаломъ, достижимымъ только съ большими жертвами, то, что у насъ само собой явилось, развилось и еще доселѣ крѣпко держится въ народной жизни.

Подобно всѣмъ явленіямъ въ физическомъ и нравственномъ мірѣ, и выше указанныя явленія юридической жизни различныхъ народовъ имѣютъ свои основанія (rationes existendi); точно также, какъ всякій предметъ имѣетъ свою свѣтлую и темную сторону, такъ и институты нашего права могутъ быть не лишены недостатковъ. И свѣтлыя и темныя стороны предмета нашихъ изслѣдованій достойны одинаково вниманія и одинаково войдутъ, на сколько возможно, съ ихъ причинами, въ наши частныя изслѣдованія.

Оканчивая бесѣду съ Вами, М. Гг., я долженъ замѣтить, что по краткости времени, мнѣ нельзя было съ достаточной полнотой и подробностію изложить свои мысли, по всѣмъ затронутымъ мною вопросамъ. Мы, какъ сказано, имѣемъ дѣло съ наукой молодой, только что начавшей развиваться. Но она тѣмъ не менѣе пред-

---

по которымъ судить обо всемъ Славянствѣ было бы также несправедливо, какъ и по быту Славянъ адріатическаго прибрѣжья (напр. Дубровчанъ Неретванъ). Тѣ и другіе находились въ положеніи исключительномъ.

Ср. Палацкій Dějiny narodu českeho; dilu I. častka 2. стр. 268—272 съ цитатами; его же Geschichte von Böhmen, Zweiten Bandes zweite Abtheilung 30 — 33 съ цитатами;—Макушевъ сказанія иностранцевъ о бытѣ и нравахъ Славянъ стр. 148;—Котляревскій, о погребальныхъ обычаяхъ языческихъ Славянъ 228—229; — Бѣляевъ, Крестьяне на Руси (Москва 1860). напр. стр. 312—326; — Lubomirski, Rolnicza ludność w Polsce od XV. do XVI. wieku въ «Biblioteka Warszawska» 1857. II. стр. 801; 1858. I. стр. 240.

[1]) Mauricii Strateg. 273; срав. Leonis Tactica XVIII стр. 104 (у Макушева l. c. 148—149).

ставляетъ громадный общечеловѣческій интересъ, и наше положеніе въ этомъ случаѣ особенно выгодно.

Изучая исторію славянскаго права, мы, Славяне, можемъ опираться на огромную массу явленій и опытовъ изъ нашей прошлой и настоящей жизни,—можемъ имѣть передъ собой и результаты исторической жизни древнихъ и западноевропейскихъ народовъ,—нашихъ многочисленныхъ иноплеменныхъ сосѣдей и инородцевъ, стоящихъ на самыхъ разнообразныхъ ступеняхъ культуры. Словомъ, намъ предстоитъ самое широкое поле изслѣдованія, съ богатѣйшимъ запасомъ новыхъ явленій, очень мало затронутыхъ научнымъ изслѣдованіемъ.

Не мнѣ судить, на сколько успѣшна будетъ наша дѣятельность на этомъ поприщѣ; я только позволю себѣ повторить за моимъ многоуважаемымъ наставникомъ Лоренцомъ Штейномъ [1]) извѣстныя слова Фейербаха: «Лучшее, что̀ человѣкъ въ силахъ сдѣлать, состоитъ не въ томъ, что̀ онъ самъ дѣлаетъ, но въ томъ, что̀ онъ возбуждаетъ въ благородныхъ и дѣятельныхъ умахъ».

3 Марта 1870 г.

---

[1]) Die Verwaltungslehre I. Vorwort zur ersten Auflage стр. XI.

2007111463